

Sonderdruck

# Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint

Richterliche Eingriffe in den Vertrag

## Droit privé européen: l'unité dans la diversité

L'intervention du juge dans le contrat

herausgegeben von / édité par  
**Peter Jung**

**s|e|l|p**

sellier european law publishers



# Richterliche Eingriffe in den Vertrag – Einleitende rechtsvergleichende Anmerkungen

*Peter Jung*

## A. Vertragsgebundene und vertragsübersteigende Eingriffe der Gerichte

Bei richterlichen Eingriffen in den Vertrag denkt man vor allem an Kontrolle, Korrektur und Interventionismus und weniger an die sichtbar helfende Hand der Gerichte. Dabei ist das Spektrum der möglichen richterlichen Handlungsformen breit gefächert und das Verhältnis der an Recht und Gesetz gebundenen Gerichte zum Vertrag vielschichtig. Das einschlägige Instrumentarium reicht von der Konkretisierung des vertraglichen Pflichtenprogramms durch Auslegung und Qualifikation des Vertrags sowie die Bestimmung und Auslegung des (zwingend) anwendbaren Rechts über das „Zuendedenken“ des Parteiwillens bei der ergänzenden Vertragsauslegung bis hin zur Ergänzung, Korrektur oder Missachtung eines formell gültigen und klaren Vertragsinhalts entsprechend oder sogar entgegen dem wahren Parteiwillen. Schließlich können die Gerichte die Parteien auch anhalten oder zwingen, den Vertrag zügig und fair neu zu verhandeln bzw. sich auf die Modalitäten seiner Beendigung zu einigen.<sup>1</sup>

Je nachdem, ob sich das Gericht noch auf einen zumindest konkludent zum Ausdruck gekommenen wahren Parteiwillen abstützen kann oder nicht, könnte man in Anlehnung an die Methodik der Gesetzesanwendung<sup>2</sup> zwischen vertragsgebundenen und vertragsübersteigenden Eingriffen unterscheiden. Dort verlief dann auch die Grenze zwischen häufig gebotener und stets zulässiger Vertragsauslegung und -qualifikation einerseits sowie der einer gesetzlichen Ermächtigung bedürftigen Korrektur, Missachtung oder freien Ergänzung des Vertrags andererseits. Der Richter hat dabei zusätzlich seine ebenfalls interpretationsbedürftige Bindung an das zwingende und dispositive Gesetzesrecht zu berücksichtigen.<sup>3</sup> In der Praxis arbeiten die Gerichte nicht selten in einer Grauzone, und man kann etwa nach einem Eingriff veränderter Umstände in den Vertrag oft trefflich darüber streiten, ob das Gericht mit der Auflösung bzw. Anpassung des Vertrags hieraus lediglich die Konsequenzen gezogen bzw.

---

<sup>1</sup> Siehe dazu etwa Art. 6:111 PECL 1999: Change of Circumstances (Art. 2:117 PECL 1995).

<sup>2</sup> Vgl. dazu etwa *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl., Bern 2010, S. 174 f. und 227 ff.

<sup>3</sup> Siehe dazu die Beiträge von *Babusiaux* und *Morin* in diesem Band.

den ursprünglich von den Parteien gewollten Vertragsinhalt unter den neuen Bedingungen richtig zur Geltung gebracht hat.<sup>4</sup>

Auch in rechtstechnischer Hinsicht kann sich der richterliche Eingriff in so unterschiedlichen Formen wie der (ergänzenden) Auslegung,<sup>5</sup> der Vertragstypenzuordnung,<sup>6</sup> der Vertragshilfe,<sup>7</sup> der Auslegung zwingenden Rechts,<sup>8</sup> der gerichtlichen Bestimmung von Voraussetzungen und Folgen der Ungültigkeit,<sup>9</sup> der Kontrolle und Festlegung von Haupt- bzw. Nebenleistungspflichten,<sup>10</sup> der Durchsetzung verfassungsrechtlicher Gebote wie des Gleichbehandlungsgrundsatzes<sup>11</sup> sowie der Kontrolle des Vertrags hinsichtlich seines Zustandekommens, seines Inhalts<sup>12</sup> und seiner Auflösung<sup>13</sup> präsentieren.

## B. Der richterliche Vertragseingriff im deutschen, französischen und schweizerischen Recht

So vielfältig wie die Formen des Eingriffs, so unterschiedlich sind auch die Haltungen, welche die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen gegenüber dem richterlichen Vertragseingriff eingenommen haben und einnehmen. Dies ist

---

<sup>4</sup> Siehe zu richterlichen Vertragseingriffen bei einem Wegfall der Geschäftsgrundlage die Beiträge von Witz und Babusiaux in diesem Band sowie rechtsvergleichend Caytas, Der unerfüllbare Vertrag – Anfängliche und nachträgliche Leistungshindernisse und Entlastungsgründe im Recht der Schweiz, Deutschlands, Österreichs, Frankreichs, Italiens, Englands, der Vereinigten Staaten, im Völkerrecht und im internationalen Handelsrecht, Zürich 1984 und Jung, Die Bindungswirkung des Vertrags unter veränderten geschäftswesentlichen Umständen – Eine vergleichende Betrachtung des deutschen und französischen Rechts, Baden-Baden 1995.

<sup>5</sup> Siehe dazu insbesondere den Beitrag von Klett in diesem Band; rechtsvergleichend Jurisch, Vertragsauslegung und Vertragsergänzung nach französischem Recht verglichen mit dem deutschen Recht, Berlin 1975.

<sup>6</sup> Siehe dazu die Beiträge von Palli und Kümmerle in diesem Band.

<sup>7</sup> Siehe dazu die Beiträge von Babusiaux und Giampaolo/Huguenin in diesem Band; rechtsvergleichend Kegel, Empfiehlt es sich, den Einfluß grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und in welchem Sinn? (Geschäftsgrundlage, Vertragshilfe, Leistungsverweigerungsrecht), Gutachten für den 40. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentags in Hamburg 1953, Bd. 1, Hamburg 1954, S. 135 ff.

<sup>8</sup> Siehe dazu den Beitrag von Morin in diesem Band.

<sup>9</sup> Siehe dazu die Beiträge von Witz sowie Giampaolo und Huguenin in diesem Band.

<sup>10</sup> Siehe dazu die Beiträge von Piotraut und Thomale in diesem Band.

<sup>11</sup> Siehe dazu den Beitrag von Gasser in diesem Band.

<sup>12</sup> Siehe dazu die Beiträge von Klett, Tichadou, Nau, Probst, Cotiga und Fountoulakis in diesem Band.

<sup>13</sup> Siehe dazu den Beitrag von Dalmasso in diesem Band.

auch nicht verwunderlich, da die Thematik immer auch grundsätzliche Fragen der juristischen Methodenlehre, zur Beziehung von Gesetzgebung und Rechtsprechung, zur Vertragsfreiheit und ihren Grenzen sowie zum Verhältnis von Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit aufwirft. Die Auseinandersetzung mit diesen Fragen – gerade auch in rechtsvergleichender Perspektive – ist für jedes Rechtssystem und damit auch für den Prozess der Rechtsvereinheitlichung unabdingbar.

## I. Die Bedeutung des richterlichen Rollenverständnisses

Betrachtet man zunächst die generelle Funktion, die den Gerichten in den drei Rechtsordnungen zugewiesen ist, so zeigen sich bereits einige tendenzielle Unterschiede: Im schweizerischen Vertragsrecht verfügt das Gericht über weit reichende und grundsätzlich als unbedenklich eingestufte Eingriffsbefugnisse<sup>14</sup> sowie über erhebliche Beurteilungs- und Ermessensspielräume.<sup>15</sup> Bekanntlich ermächtigt Art. 1 Abs. 2 ZGB den Richter zudem zur Füllung echter Lücken *modo legislatoris*.<sup>16</sup> Anders als in Frankreich mit der gefürchteten *équité des Parlements*<sup>17</sup> oder in Deutschland mit den Verirrungen der Justiz im Nationalsozialismus<sup>18</sup> ist man in der Schweiz mit diesen die Gesetzgebung zugleich entlastenden Spielräumen stets gut gefahren.

Demgegenüber gilt im französischen Recht bis heute die Bacon'sche Maxime „*optima lex, quae minimum iudici relinquit: optimus iudex qui minimum sibi*“.<sup>19</sup> Der ursprüngliche Vorschlag, dem Richter durch den *Code civil* auch die

<sup>14</sup> Siehe im Allgemeinen Teil des Obligationenrechts z.B. Art. 2 Abs. 2 und 163 Abs. 3 OR.

<sup>15</sup> Siehe im Allgemeinen Teil des Obligationenrechts z.B. Art. 26 Abs. 2 und 39 Abs. 2, 100 Abs. 2, 163 Abs. 3 sowie Art. 42 ff., 47, 50 Abs. 2, 52 Abs. 2 und 54 Abs. 1 i.V.m. 99 Abs. 3 OR.

<sup>16</sup> Meier-Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber – Eine Besinnung auf die von den Gerichten befolgten Verfahrensgrundsätze im Bereiche der freien richterlichen Rechtsfindung gemäss Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zürich 1951; Emmenegger/Tschentscher, in: Hausheer/Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, Bern 2012, Art. 1 ZGB Rn. 435 ff.

<sup>17</sup> Vgl. dazu das Sprichwort „Dieu nous garde de l'équité des Parlements!“; siehe ferner Olivier-Martin, Histoire du droit français, S. 538 und Esmein, Cours élémentaire d'histoire du droit français, Paris 1892, S. 507 ff.

<sup>18</sup> Dazu näher Rütters, Die unbegrenzte Auslegung – Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 6. Aufl., Tübingen 2005, S. 183 ff.

<sup>19</sup> Siehe zu diesem Aphorismus das Francis Bacon zugeschriebene Motto der 1828 in Paris von Etienne Dumont unter dem Titel „De l'organisation judiciaire et de la codification“ veröffentlichten Auszüge aus Schriften Jeremy Bentham's.

Funktion eines „*ministre d'équité*“ zuzugestehen,<sup>20</sup> wurde von den Endredakteuren aufgrund der negativen Erfahrungen mit der Willkür der *Parlements* im *Ancien Régime* bewusst verworfen.<sup>21</sup> Die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts wurde von der école de l'exégèse geprägt.<sup>22</sup> Man beherzigte im französischen Recht die Lehren *Montesquieus* zur Gewaltenteilung, die den Gerichten nur eine das Gesetz streng anwendende Rolle zusprachen.<sup>23</sup> Die Ablehnung von Eingriffen *contre des clauses claires et précises* durch die französischen Gerichte ist zudem durch eine freiwillige Selbstbeschränkung (*autolimitation du juge*) motiviert.<sup>24</sup> Der französische Richter soll die Parteien schließlich nicht bevormunden;<sup>25</sup> missachtet er den klaren Wortlaut des Vertrags, unterliegt sein Urteil wegen eines *refus d'application du contrat*<sup>26</sup> oder einer *dénaturation*

<sup>20</sup> Vgl. dazu das einleitende Kapitel des Entwurfs zum *Code civil* aus dem Jahre VIII: „Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle ou aux usages reçus dans la loi positive.“

<sup>21</sup> Dazu *Stoyanovitch*, De l'intervention du juge dans le contrat en cas de survenance de circonstances imprévues, Marseille 1941, S. 233 f.; vgl. auch die Kritik von *Bruzin*, Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle, Bordeaux 1922, S. 315 s. („La recherche de l'équité apparaît comme la porte toujours ouverte à l'arbitraire.“).

<sup>22</sup> Zu den Begründern der école de l'exégèse werden gezählt (bis 1830): *Maleville*, *Toullier*, *Delvincourt*, *Proudhon*, *Merlin* und *Chabot de l'Allier*; in ihrer Blütezeit von 1830 bis 1880 gehörten der Schule an: *Duranton*, *Marcadé*, *Colmet de Santerre*, *Larombière*, *Moulon*, *Demolombe*, *Demante*, *Troplong*, *Taulier*, *Aubry*, *Rau* und *Baudry-Lacantinerie* (näher *Bonnetcase*, La pensée juridique française Bd. I, Bordeaux 1933, S. 289 ff.).

<sup>23</sup> Siehe dazu nur die berühmten Worte bei *Montesquieu*, De l'Esprit des Lois, herausgegeben von *Gonzague Truc*, Bd. I Paris 1944, Livre XI, chap. 6: „Il pourrait arriver que la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, serait, en de certains cas trop rigoureuse. Mais les juges de la nation, ne sont que ... la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui ne peuvent modérer ni la force ni la rigueur.“

<sup>24</sup> *Oppetit*, Rapport sur le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français, in: Travaux de l'association Henri Capitant, t. 22: Le rôle du juge en présence des problèmes économiques, Paris 1975, S. 185 ff.

<sup>25</sup> *Meynial*, La déclaration de volonté, RTD civ. 1902, S. 572: „... je crains que l'intervention profonde du juge ne se paie au prix de notre initiative individuelle et ne nous mène à une inertie juridique croissante, sous le joug paternel et équitable de l'absolutisme.“; *Marty*, Le rôle du juge dans l'interprétation du contrat, in: Travaux de l'association Henri Capitant Bd. 5, 1950, S. 100; *Gounot*, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé – contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, Paris 1912, S. 73 ff.

<sup>26</sup> Beispiele aus der Rechtsprechung bilden: Cass. Civ. vom 10.3.1919, S. 1920.1.105 (krit. Anm. *Naquet*); Cass. Civ. v. 30. 4. 1928, Gaz.Pal.1928.2.107; Cass. Soc. vom 9.10.1985 (unveröffentlicht, *Chanoine c. Dame Ruiz*): „La cour d'appel n'était pas fondée à subs-

*des clauses claires et précises*<sup>27</sup> regelmässig der Kassation.<sup>28</sup> Da das Unterlassen einer vertraglichen Regelung im französischen Recht als bewusst unterstellt wird und der Wille des Richters nicht an die Stelle des Parteiwillens treten darf, ist dem Richter vielfach auch eine Vertragsergänzung verwehrt.<sup>29</sup> Immerhin kennt das französische Recht mit der Schule um *François Gény* ebenfalls eine Bewegung zur Stärkung der richterlichen Entscheidungsbefugnisse im Rahmen einer freien Rechtsfindung (*libre recherche scientifique*).<sup>30</sup> Verschiedentlich hat auch der französische Gesetzgeber Vertrauen in die Ermessensausübung des Richters gesetzt und ihn zusehends zu Eingriffen in das Vertragsgefüge wie z.B. die Kontrolle von Vertragsstrafen gemäss Art. 1152 Abs. 2 C. civ. ermächtigt. Ein aktuelles Beispiel hierfür bietet die *Proposition de loi n° 3563 du 22 juin 2011 visant à permettre la renégociation d'un contrat en cas de changements de circonstances imprévisibles durant son exécution*.<sup>31</sup>

Das deutsche Recht nimmt insgesamt eine Mittelposition ein, wobei die Rolle der Gerichte im Laufe der Zeit zwischen „Richterkönigtum“<sup>32</sup> und automatischer Gesetzesanwendung<sup>33</sup> hin und her schwankte. Immer wieder haben die deutschen Richterinnen und Richter für sich ein auch vom Bundesverfassungsgericht anerkanntes<sup>34</sup> Recht zur schöpferischen Rechtsfortbildung *praeter*

---

tituer des considérations d'équité à la force obligatoire de la convention des parties, en imputant à faute à M. Chanoine le fait de s'être prévalu de la clause litigieuse.“

<sup>27</sup> Beispiele aus der Rechtsprechung bilden: Cass. Civ. vom 15.4.1872, D.1872.1.176; Cass. Civ. vom 29.5.1933, Gaz.Pal.1933.2.316; Cass. Com. vom 18.1.1950, D.1950.Jur.397; näher dazu rechtsvergleichend *Jurisch* (oben Fn. 5), S. 63 ff.

<sup>28</sup> Die Cour de Cassation dringt sehr genau auf die Beachtung des Art. 1134 C. civ. durch den Tatsachenrichter, was auch darin zum Ausdruck kommt, dass dieser Artikel am häufigsten in den Köpfen (*visas*) der Kassationsurteile erscheint (vgl. *Perdriau*, *Visas*, „chapeaux“ et dispositifs des arrêts de la Cour de Cassation en matière civile, JCP.1986.I.3257).

<sup>29</sup> Beispiele aus der Rechtsprechung bilden Cass. Civ. vom 4.10.1989, Bull.Civ.III.no. 184; Cass. Civ. vom 4.7.1968, Bull.Civ.III.no. 325; siehe auch *Jurisch*, (oben Fn. 5), S. 82.

<sup>30</sup> *Gény*, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif – Essai critique*, t. 2, Paris 1919, Rn. 176<sup>bis</sup> et *passim*; *Gounot* (oben Fn. 25), S. 122 f.

<sup>31</sup> Gesetzesvorschlag und Begründung abrufbar unter <http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion3563.asp>; siehe dazu den Beitrag von *Babusiaux* in diesem Band sowie *Jung*, *Regard comparatiste sur la proposition de loi visant la renégociation d'un contrat en cas d'imprévision* (erscheint demnächst in einem u.a. von *Marie Goré* herausgegebenen Sammelband).

<sup>32</sup> So vor allem in den 1920er Jahren unter dem Einfluss der Freirechtsschule; vgl. *Fuchs*, *Schreibjustiz und Richterkönigtum. Ein Mahnruf zur Schul- und Justizreform*, Leipzig 1907.

<sup>33</sup> So vor allem in der Zeit des Gesetzespositivismus; vgl. *Grau*, *Rechtsprechung oder Gesetzgebung*, AcP 122 (1924), 318 f.

<sup>34</sup> BVerfGE 34, 269 (*Soraya*).

und notfalls *contra legem* reklamiert. Besonders deutlich ist dies in der Stellungnahme des Richtervereins beim Reichsgericht gegen das vom Gesetzgeber geplante Aufwertungsverbot geschehen.<sup>35</sup>

## II. Die Bedeutung von gesetzlichen und übergesetzlichen Eingriffsermächtigungen

Die Position des Gerichts gegenüber dem Vertrag ist zum anderen entscheidend von dem Stellenwert abhängig, den eine Rechtsordnung gesetzlichen und übergesetzlichen Eingriffsermächtigungen wie dem Prinzip von Treu und Glauben (*bonne foi*) oder der Billigkeit (*équité*) einräumt. Auf den ersten Blick scheinen das deutsche, französische und schweizerische Recht insoweit dem allgemeinen Trend der sog. Materialisierung des Schuldrechts<sup>36</sup> zu folgen. Bei näherem Hinsehen zeigt sich jedoch, dass den Generalklauseln in Frankreich ein immer noch geringeres Gewicht zukommt, obgleich sich das französische Recht hier zuletzt sehr viel stärker bewegt hat als die beiden anderen Privatrechtsordnungen.

---

<sup>35</sup> JW 1924, 90: „Wenn der höchste Gerichtshof des Reiches nach sorgfältiger Erwägung des Für und Wider zu einer solchen Entscheidung (gemeint ist das Aufwertungsurteil v. 28.11.1923, RGZ 107,78, Anm. d. Verf.) gelangt ist, so glaubt er von der Reichsregierung erwarten zu dürfen, daß die von ihm vertretene Auffassung nicht durch einen Machtspruch des Gesetzgebers umgestoßen wird ... Dieser Gedanke von Treu und Glauben steht außerhalb ... einer einzelnen positiv-rechtlichen Bestimmung. Keine Rechtsordnung, die diesen Ehrennamen verdient, kann ohne jenen Grundsatz bestehen. Darum darf der Gesetzgeber nicht ein Ergebnis, das Treu und Glauben gebietend fordern, durch sein Machtwort vereiteln ... Eine gesetzgeberische Maßnahme, die die Betroffenen schädigt, kann sich vom Standpunkte des Ganzen nachträglich als unzweckmäßig herausstellen. Der Gefahr solcher Mißgriffe kann kein Gesetzgeber entgehen ... Schon ist ... die Frage erörtert worden, ob nicht der geplante Eingriff als ein Verstoß gegen Treu und Glauben, als unsittlich seiner unsittlichen Folgen wegen, als eine verfassungswidrige Enteignung ... rechtsunwirksam wäre. Die ernste Gefahr einer solchen oder ähnlichen richterlichen Beurteilung der geplanten Maßnahme – auch durch das höchste Gericht – besteht, ... Der unterzeichnete Vorstand bittet, dieses Bild von der Stimmung beim Reichsgericht, so ernst, wie es geschildert ist, zu würdigen.“

<sup>36</sup> Siehe dazu teilweise auch rechtsvergleichend *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner Materialisierung, AcP 200 (2000), 273 ff.; *Blaurock/Hager* (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert – Materialisierung, Konstitutionalisierung und Europäisierung, Tübingen 2010 und *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, Tübingen 2005; *Thibierge-Guelfucci*, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTD civ. 1997, 377 ff.



gen.<sup>37</sup> Auch die Bedeutung der verfassungsrechtlich verankerten Grundrechte ist im Privatrecht sehr unterschiedlich.

So wurde im deutschen Recht schon früh die Rolle der Generalklauseln als „königlichen Paragraphen“ erkannt.<sup>38</sup> § 242 BGB wird von der deutschen Rechtsprechung und Lehre als Kompetenznorm für die richterliche Rechtsfortbildung<sup>39</sup> beziehungsweise als Normierung eines rechtsethischen Prinzips von materiellem Gehalt<sup>40</sup> betrachtet. Vergleichbar dem prätorischen Recht wurde ihm von Anfang an gegenüber den übrigen Rechtsregeln nicht nur eine unterstützende und ergänzende, sondern als nicht dispositiver Generalnorm auch eine das Gesetz und den Vertrag korrigierende Funktion beigemessen.<sup>41</sup> Die Gefahren von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln wurden und werden zwar auch in der deutschen Rechtswissenschaft gesehen.<sup>42</sup> Dennoch wird dem Richter allgemein zugetraut, von der ihm durch § 242 BGB eingeräumten Macht einen angemessenen Gebrauch zu machen.<sup>43</sup>

Obwohl Art. 1134 Abs. 3 C. civ. fast wörtlich dem § 242 BGB gleicht, vermochte er zu keinem Zeitpunkt eine vergleichbare Bedeutung zu erlangen.<sup>44</sup> Art. 1134 Abs. 3 C. civ. sollte nach dem Willen seiner Redakteure und wichtigsten Interpreten nur den Grundsatz der Vertragstreue bestärken und den Inhalt der Obligation im Zusammenspiel mit Art. 1135 C. civ. eher erweitern als einschränken. Nach traditioneller Lesart wird ihm keine rechtskorrigierende Funktion beigemessen.<sup>45</sup> Dies belegt nicht zuletzt der auffällig geringe Stellenwert des Grundsatzes in der rechtswissenschaftlichen Literatur. Der Hauptgrund hierfür dürfte die charakteristische Zurückhaltung des französischen Rechts gegenüber unbestimmten Rechtsbegriffen wie denen der *équité* und *bonne foi* sein.<sup>46</sup> Insbesondere dürfen *équité* und *bonne foi* nach französischer

<sup>37</sup> Siehe zu einem eingehenden Vergleich zwischen dem deutschen und französischen Recht Jung, Die Generalklausel im deutschen und französischen Vertragsrecht, in: Baldus/Müller-Graff (Hrsg.), Die Generalklausel im kontinentaleuropäischen Privatrecht, München 2006, S. 37 ff.

<sup>38</sup> Hedemann, Werden und Wachsen im Bürgerlichen Recht, Berlin 1913, S. 10.

<sup>39</sup> Rüthers (oben Fn. 18), S. 48 ff.; rechtsvergleichend Oberacher, Wie löst das französische Recht die Fälle des § 242 BGB?, München 1963, S. 4.

<sup>40</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin 1991, S. 421.

<sup>41</sup> Näher dazu Jung (oben Fn. 4), S. 213 ff.

<sup>42</sup> Siehe nur beispielhaft Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln – Eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen 1933, S. 55 f. und 66 ff.

<sup>43</sup> Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen 1956, S. 42 ff.

<sup>44</sup> Eingehend dazu Jung (oben Fn. 37), S. 42 ff.

<sup>45</sup> Siehe nur Lyon-Caën, De l'évolution de la notion de bonne foi, RTD civ. 44 (1946), 75, 83 („concept mort“) und Vouin, La bonne foi – Notion et rôle actuels en droit privé français, Bordeaux 1939, S. 102 ff. und 456 („notion vide“).

<sup>46</sup> Hébraud, Le juge et la jurisprudence, in: Mélanges offerts à Paul Couzinet, Toulouse 1974, S. 331.

Vorstellung dem Richter nicht als Vorwand dafür dienen, sich vom geäußerten Parteiwillen zu entfernen.<sup>47</sup> Die im Vergleich selteneren Eingriffe französischer Richter in das Vertragsgefüge werden daher in aller Regel auch nicht unter Bezugnahme auf die objektiven Begriffe der *bonne foi* und *équité*, sondern mit Hilfe der Vertragsauslegung gerechtfertigt.<sup>48</sup> Erst in jüngster Zeit hat der Grundsatz von Treu und Glauben eine gewisse Bedeutung in der französischen Doktrin<sup>49</sup> und Rechtsprechung<sup>50</sup> erlangt. Er teilt die Funktion einer Ermächtigung zum richterlichen Vertragseingriff jedoch mit anderen traditionellen Konzepten wie dem *abus de droit*,<sup>51</sup> der *cause*<sup>52</sup> und der *équité*<sup>53</sup> sowie neueren Prinzipien wie der *économie du contrat*<sup>54</sup> oder der *utilité sociale*.<sup>55</sup>

Interessant ist schliesslich der Blick auf den unterschiedlichen Grad der Drittwirkung von Menschen- und Grundrechten im Privatrecht. Zwar verfügt das Schweizer Recht als einzige der drei Rechtsordnungen über eine verfassungsrechtliche Verankerung der Drittwirkung,<sup>56</sup> doch zeigt das Bundesgericht in liberaler Tradition eine grosse Zurückhaltung bei der Anwendung dieser Ermächtigung,<sup>57</sup> was angesichts einer gesonderten Verfassungsgerichtsbarkeit

<sup>47</sup> Vouin (oben Fn. 45), S. 102 ff.

<sup>48</sup> Marty, (oben Fn. 25), S. 92 u. 96.

<sup>49</sup> Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris 1989; Bénabent, *La bonne foi*, in: Travaux H. Capitant, Paris 1992, S. 291 ff.; Thibierge-Guelfucci (oben Fn. 36), 357 ff.

<sup>50</sup> Beispiele bilden Cass. com. vom 3.11.1992, JCP 1993 II 22614; Cass. com. vom 24.11.1998, Defrénois 1999, 371; CA Nancy vom 26.9.2007, JCP 2008 II 10091.

<sup>51</sup> Dazu grundlegend *Josserand*, *De l'esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de l'abus des droits*, Paris 1939 und *Marson*, *L'abus du droit en matière de contrat*, Paris 1935; siehe rechtsvergleichend die Beiträge in: Ancel/Aubert/Chappuis (Hrsg.), *L'abus de droit – Comparaisons franco-suisse*, Saint-Étienne 2001, S. 51 ff.

<sup>52</sup> Siehe dazu etwa Cass. com. vom 29.6.2010, D.2010.2481 mit Anm. Mazeaud und Genicon; Cass. civ. vom 3.7.1996, RTD civ. 1996, 903 f.; Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, RTD civ. 1994, 239, 245 ff.; Thibierge-Guelfucci (oben Fn. 36), 379 f.

<sup>53</sup> Ein Beispiel bildet CA Nancy vom 26.9.2007, JCP 2008 II 10091.

<sup>54</sup> Siehe etwa Cass. civ. vom 3.7.1996, D.1997.Jur.500 mit Anm. Reigné; Cass. com. vom 29.6.2010, D.2010.2481 mit Anm. Mazeaud et Genicon; Chabas, *L'inexécution licite du contrat*, Paris 2002, S. 106 ff.; Thibierge-Guelfucci (oben Fn. 36), 377 ff.; Moury, *Une embarrassante notion: L'économie du contrat*, D.2000.Chron., 382 ff.

<sup>55</sup> Ghestin/Jamin/Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., Paris 2001, n° 346.

<sup>56</sup> Art. 35 Abs. 3 BV: „Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden.“

<sup>57</sup> Siehe zuletzt etwa BGE 133 III 167 (sogar ohne Nennung von und Auseinandersetzung mit Art. 35 Abs. 3 BV).

anders als in Deutschland folgenlos bleibt.<sup>58</sup> Auch in Frankreich hat man die Dimension der Grundrechte aufgrund einer fehlenden Individualbeschwerdemöglichkeit erst zuletzt im Zusammenhang mit der EMRK stärker entdeckt.<sup>59</sup>

Es ist wichtig, die an dieser Stelle nur in allgemeiner Form skizzierten Tendenzen im Rahmen konkreter Fragestellungen zu überprüfen und zu präzisieren. Die folgenden Beiträge widmen sich dieser Aufgabe in den wesentlichen Bereichen und Dimensionen des Vertragsrechts.

---

<sup>58</sup> Siehe zur Durchsetzung der sog. mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im deutschen Privatrecht nur BVerfGE 7, 198 (*Lüth*); BVerfGE 14, 263 ff. (*Feldmühle*) und BVerfGE 50, 290 ff. (*Mitbestimmungsgesetz*); aus der unübersehbaren Literatur nur *Alexy*, Theorie der Grundrechte, Frankfurt/M 1994; *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, Berlin 1999 und *Hesse*, Verfassungsrecht und Privatrecht, Heidelberg 1988; rechtsvergleichend *Mak*, Fundamental rights in European contract law: a comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England, Alphen aan den Rijn 2008 und *Seifert*, Die horizontale Wirkung von Grundrechten – Europarechtliche und rechtsvergleichende Überlegungen, EuZW 2011, 696 ff.

<sup>59</sup> *Marguénaud* (Hrsg.), CEDH et droit privé, Paris 2001; rechtsvergleichend *Bauerreis*, Der Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention auf die nationalen Privatrechtsordnungen, in: Schwarze (Hrsg.), Rechtseinheit und Rechtsvielfalt in Europa, Freiburg/Br. 2007, S. 15 ff.

## Inhaltsverzeichnis

### **Richterliche Eingriffe in Verträge in der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts**

*Kathrin Klett*

### **Le rôle du juge dans les codifications doctrinales internationales du droit des contrats**

*Claude Witz*

### **Das Verhältnis des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts zum Richtlinienrecht**

*William Swadling*

### **Le rôle du juge dans le droit dérivé européen des contrats**

*Evelyne Tichadou*

### **Die gesetzliche Rechtfertigung des richterlichen Vertragseingriffs**

*Ulrike Babusiaux*

### **La qualification du contrat de travail par le juge: réflexions comparatives à partir des droits français et hellénique**

*Barbara Palli*

### **Kriterien der Vertragstypenzuordnung durch den EuGH: Der Kauf einer noch herzustellenden Sache in europäischer Perspektive**

*Saskia Kümmerle*

### **La décision du juge suisse sur la nature impérative de la loi**

*Ariane Morin*

### **Der Entscheidungsspielraum des Gerichts bei der Bestimmung der Ungültigkeitsfolgen**

*Davide Giampaolo / Claire Huguenin*

### **Le contrôle des prestations dans les contrats portant sur des droits de propriété intellectuelle – Étude de droit comparé franco-suisse**

*Jean-Luc Piotraut*

### **Die Pflichtenstruktur des Maklervertrags in BGB und DCFR – Methodologische, historische und rechts-vergleichende Skizzen**

*Chris Thomale*

### **Le principe d'égalité de traitement des salariés en droit français**

*Jean-Michel Gasser*

### **Contrôle par le juge du contenu des conditions générales de contrat – Approches plurielles d'une question récurrente**

*Liliane Nau*

### **Die richterliche Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im schweizerischen Recht: Ein rückblickender Ausblick in die Zukunft**

*Thomas Probst*

### **Le contrôle prétorien du contrat de société en faveur des actionnaires investisseurs**

*Andra Cotiga*

### **Richterliche Kontrolle von Bürgschaften naher Angehöriger**

*Christiana Fountoulakis*

### **La «convergence parallèle» de l'office des juges français et italiens matière de rupture de contrat de travail pour motif économique**

*Raphaël Dalmasso*

### **Schlussbemerkung zur Tagung „Richterliche Eingriffe in den Vertrag“**

*Ernst A. Kramer*

### **Tagungsbericht: Richterliche Eingriffe in den Vertrag**

*Thomas Raff*

### **Compte rendu du colloque portant sur «l'intervention du juge dans le contrat»**

*Violaine Kocher*

ISBN (print) 978-3-86653-237-3  
ISBN (eBook) 978-3-86653-976-1  
[www.sellier.de](http://www.sellier.de)